

## CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIÓN EUROPEA \*

*Fco. Javier Ansuátegui Roig*

### 1. PRELIMINAR.

La intención de esta aportación es desarrollar un análisis crítico tanto de la idea de Constitución que se plasma en el proceso constitucionalizador europeo como de la concepción de los derechos que se maneja en el texto propuesto por la Convención. De lo que se trata es de analizar el sentido del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa a la luz de lo que podríamos denominar «la lógica del constitucionalismo», que es, en definitiva, la de la limitación jurídica y política del Poder mediante estrategias formales, pro-

---

\* El presente trabajo se incluye en el proyecto de investigación «Democracia, derechos e igualdad» (BJU 2000-0261-C03-01), Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento, Ministerio de Ciencia y Tecnología, y en la actividad del Grupo de Investigación «Democracia y derechos» (SEJ 331) del PAI (Junta de Andalucía). Una versión inicial del mismo fue presentada en el Programa de Doctorado «Teoria del Diritto ed Ordine Giuridico Europeo», Facoltà di Giurisprudenza- Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto, Università degli Studi «Magna Graecia» di Catanzaro, Italia, 25-26 de marzo de 2004, y en el curso «La Unión Europea ante el Proyecto de Tratado Constitucional. Análisis y perspectivas», Programa de Verano 2004, Universidad Carlos III de Madrid, 6 de julio de 2004. Este trabajo se ha beneficiado de las observaciones que Gregorio Peces-Barba, Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Miguel Ángel Ramiro y José Luis Rey han efectuado a versiones anteriores del mismo.

cedimentales y sustanciales que tienen como elemento último de referencia el valor y la centralidad de la persona humana<sup>1</sup>. Es evidente que los derechos fundamentales deberían tener una especial relevancia en ese proceso constitucionalizador; por lo menos, la tienen en esa lógica a la que se acaba de aludir, desde el momento en que el reconocimiento y la garantía de los derechos son elementos a tener en cuenta en la afirmación de la naturaleza constitucional de un proyecto como el que tenemos ante nosotros<sup>2</sup>. Por lo tanto, el análisis de la concepción de los derechos que se plasma en el Proyecto a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (incluida, como se sabe, en la Parte II del Proyecto), parece de especial importancia. Y ello es más relevante en un contexto progresivamente multicultural, como el europeo. En este sentido, la Constitución europea (si realmente se trata de eso, de una Constitución) y la Carta de Derechos que en ella se integra, tienen ante sí el reto de construir y presentar un modelo de ética pública en un contexto cada vez más alejado y distanciado de lo que podría ser una situación uniforme desde el punto de vista cultural. La importancia y la dificultad de ese reto se acrecienta en relación con la situación, ya de por sí compleja, que se puede dar en el interior de los Estados miembros de la Unión.

Se podría adelantar en este momento que el Proyecto de Tratado escapa a la «lógica del constitucionalismo». Esta lógica, como se señaló, es la de la limitación del Poder, pero a través del desarrollo e implementación de dimensiones sustanciales. Por eso los derechos ocupan un lugar preeminente en el discurso constitucionalista. Una Constitución, en este esquema, supone la presencia de una estructura de derechos fuerte, que es el elemento imprescindible —aunque no el único— a través

---

<sup>1</sup> Se asume, así, que el constitucionalismo actuaría como una plataforma intelectual desde la que es posible atribuir sentido a aquello que es analizado, vid. WEILER, J. H. H., *La Costituzione dell'Europa*, a cura di F. Martines, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 454.

<sup>2</sup> Vid. WEILER, J. H. H., *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 175.

del cual llevar a cabo esa tarea de limitación. La idea de límite que se maneja no es exclusivamente formal (puede existir en escenarios distintos al del constitucionalismo), sino que se reconduce en última instancia a una determinada propuesta material o sustancial, la de los derechos.

En este sentido, podemos sospechar que esta lógica no se encuentra presente en el caso del Proyecto de Tratado. Ciertamente, hasta ahora, el proceso constitucional europeo ha presentado graves carencias que en la actualidad se han evidenciado en la discusión sobre el Proyecto de Tratado. Hemos asistido en demasiadas ocasiones, en los trabajos de la Convención<sup>3</sup> y en el posterior debate sobre el Proyecto de Tratado, a una discusión no centrada, de manera principal, en el contenido de la Carta de derechos fundamentales, o en los mecanismos limitativos del Poder (y en la necesaria y previa identificación de los Poderes —no sólo estatales— que hay que limitar), ni tampoco en las atribuciones y competencias que se reconocen al Parlamento, sino en las cuotas de Poder que se reservan a los Estados en los mecanismos de adopción de decisiones. En definitiva, a un esfuerzo de éstos por no perder parte del Poder del que ya disponen. Se podrá decir que también esto es una estrategia para limitar el Poder, pero parece más bien, como se señala, un esfuerzo por reservarse cuotas de Poder.

Esto demuestra, entre otras cosas, que el debate constitucional europeo está muy condicionado por la presencia de los Estados. Es cierto que los Estados han sido uno de los grandes motores de la construcción europea, pero la conversión de esta construcción en un auténtico edificio constitucional depende de que los ciudadanos europeos vayan adquiriendo un mayor

---

<sup>3</sup> Vid. CLOSA, C., «The Convention method and the transformation of EU constitutional politics», MAGNETTE, P., «Deliberation or bargaining? Coping with constitutional conflicts in the Convention of the Future of Europe», y FOSSUM, J. E., «Still a Union of deep diversity? The Convention and the Constitution of Europe», en ERIKSEN, E. O., FOSSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London, 2004, pp. 183-206, 207-225 y 226-247, respectivamente.

protagonismo, lo cual pasa por determinadas transformaciones que implicarían, en primer lugar, una profundización en la participación en los procesos de construcción y de toma de decisiones (se contribuiría a superar el déficit democrático). Hay que tener en cuenta que la superación de ese déficit es una exigencia a la hora de dotar de una base social al Derecho de la Unión Europea. Se ha afirmado que la Unión Europea es una «comunidad de Derecho» (en la que bajo la primacía del principio de legalidad, se alcanzan los objetivos a través del Derecho)<sup>4</sup>. Pero sin la articulación de un *demos* europeo, esa «comunidad de Derecho» es algo que flota en el aire. La idea de «comunidad de Derecho» sólo funciona —en un contexto democrático— en una situación en la que no hay déficit democrático, o en la que éste está en vías de superación. El pleno funcionamiento de esta idea implica hacer referencia a un Derecho del que se predica legitimidad (tanto en lo que se refiere a su origen como en lo que se refiere a sus contenidos). Sin esa legitimidad es difícil que el Derecho se apoye en una sólida base social. Se trataría, además, de propiciar la progresiva desaparición, o su reducción a lo necesario, de la intermediación de los Estados en las relaciones entre ciudadanos e instituciones de la Unión. Es evidente, en tercer lugar, que las anteriores transformaciones adquieren sentido tras la plena toma de conciencia de que la razón de ser de un auténtico sistema constitucional está constituida por la garantía de la dignidad de la persona y de sus derechos.

A partir de lo anterior, articularé el desarrollo de esta aportación a través de tres momentos. En primer lugar, me referiré al sentido de lo que podemos denominar «la lógica del constitucionalismo», de manera que podamos disponer de un modelo teórico desde el cual considerar la «aventura constitucional europea». Creo que el constitucionalismo contemporáneo nos ofrece el único parámetro —o, por lo menos, el principal— des-

---

<sup>4</sup> Vid. Caso 294/83 «Parti écologiste «Les verts» v. Parlement» de 23 de abril de 1986, ECR 1339, 1365.

de el cual valorar la validez y consistencia de dicha aventura, siempre y cuando nos tomemos en serio el concepto de Constitución, evitando así caer en un discurso meramente retórico al respecto. La lógica del constitucionalismo permite apreciar la vinculación intelectual entre la Constitución, de un lado, y las exigencias de la democracia y los derechos, de otro. A partir de ahí estaremos en condiciones de considerar, en segundo lugar, el déficit democrático que parece aquejar no sólo a la elaboración de la Constitución sino también al mismo proceso de integración, del que la Constitución sería una culminación, pero que la trasciende en su sentido. Al final, reflexionaré sobre el núcleo de la propuesta sustancial o material que presenta el proyecto de Constitución y que se contiene en la Carta de derechos.

Hay que señalar también que la adopción de la perspectiva de la lógica del constitucionalismo, y la consiguiente posición crítica respecto al proceso constitucionalizador europeo no es radicalmente incompatible con aquella tesis según la cual la Unión Europea ha ido asumiendo progresivamente rasgos que de alguna manera tenderían a manifestar su naturaleza constitucional (*transformation thesis*)<sup>5</sup>. No obstante, en este trabajo pretendo defender la tesis según la cual aunque en el Derecho de la Unión Europea existan ciertas características que se prediccan de las Constituciones, no hay una Constitución en sentido estricto desde el momento en que no se respeta la lógica del constitucionalismo. Creo que la cuestión de la caracterización de la Constitución permite una aproximación según la cual la presencia de una Constitución supone la satisfacción de determinados rasgos por parte de una norma<sup>6</sup>. Pero la satisfacción por

---

<sup>5</sup> Vid. CRAIG, P., «Constitutions, Constitutionalism, and the European Union», *European Law Journal*, vol. 7, nº2, 2001, pp. 128-135.

<sup>6</sup> RAZ se ha referido a alguno de estos rasgos al señalar, por ejemplo, el carácter constitutivo del orden político y jurídico, la forma escrita, la naturaleza superior, estable y protegida, y la dimensión expresiva de una ideología común de la Constitución. Vid. «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some preliminaries», en ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 2001, pp. 153-154.

parte de una norma de los rasgos que se predicen normalmente de la Constitución no implica de manera necesaria su adecuación al sentido marcado por la lógica del constitucionalismo que, aunque ciertamente tiene una expresión formal, va mucho más allá de ella, recibiendo su sentido de las funciones desempeñadas por la Constitución y de la interpretación de las mismas.

## **2. LA LÓGICA DEL CONSTITUCIONALISMO**

La adopción de la perspectiva constitucionalista nos permite analizar si el Proyecto que tenemos ante nosotros es una Constitución, o lo puede ser, en el sentido que del término maneja el constitucionalismo. Y ello porque en nuestro contexto político, cultural y jurídico, que no es sino el que se propone como escenario del proceso de integración europea, parece difícil el manejo de una idea de Constitución dotada de sustantividad al margen de las coordenadas del constitucionalismo. De lo contrario, como se ha señalado, se puede incurrir en un uso retórico del concepto de Constitución. Por otra parte, el análisis del sentido que las Constituciones tienen en los contextos nacionales y las funciones que desarrollan en éstos constituye un punto de partida óptimo para evaluar el significado y alcance del Proyecto de Tratado<sup>7</sup>.

Ciertamente, el constitucionalismo moderno presenta contornos conceptuales muy amplios. En este sentido, ha sido definido como el «conjunto de doctrinas que a partir de la mitad del siglo XVIII han valorado de diferentes maneras el término-concepto de «constitución» con el fin de facilitar y lograr la consecución de dos operaciones decisivas: la proyección de una forma de gobierno inspirada en el principio de la reducción y de la contención de la dimensión del arbitrio político y la correlativa e inescindible afirmación histórica de los derechos individuales

---

<sup>7</sup> Vid. CRAIG, P., «Constitutions, Constitutionalism, and the European Union», cit., p. 126.

y de sus formas de garantía»<sup>8</sup>. El núcleo conceptual de la propuesta constitucionalista está constituido por la idea de limitación del Poder a través del Derecho, en el marco de una filosofía política que tiene como objetivo la elaboración de propuestas de control y racionalización del Poder. Los instrumentos que el constitucionalismo propone utilizar para limitar al Poder son jurídicos: la racionalización del Poder se lleva a cabo mediante la articulación de instituciones jurídicas<sup>9</sup> (pensemos, por ejemplo, en el imperio de la ley, el principio de separación de poderes, la rigidez constitucional o el instituto del control de constitucionalidad).

A partir de una caracterización genérica como la que se acaba de presentar, caben ulteriores matizaciones. Así, Michel Troper se refiere a diversas acepciones de «constitucionalismo» y distingue entre el constitucionalismo *lato sensu*, el constitucionalismo *stricto sensu* y el constitucionalismo *strictissimo sensu*<sup>10</sup>. El constitucionalismo *lato sensu* afirma la necesidad en todo Estado de una Constitución, como medio para evitar el despotismo; el constitucionalismo *stricto sensu* añade, a la existencia de una Constitución, el hecho de que ésta esté basada en ciertos principios encaminados a impedir el despotismo o a garantizar la libertad política; en fin, el constitucionalismo *strictissimo sensu* afirma la necesidad del control de constitucionalidad de las leyes como medio imprescindible para alcanzar los objetivos a los que se acaba de aludir. Por su parte Carlos Nino

---

<sup>8</sup> FIORAVANTI, M., «Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno», en ID., *Le scienze del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 797.

<sup>9</sup> Vid. McILWAIN, Ch., *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. di V. de Caprariis, intr. di N. Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 44; GOZZI, G., «Storia e prospettive del costituzionalismo», en BONGIOVANNI, G., (ed.), *La Filosofia del Diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Clueb, Bologna, 1998, p. 13.

<sup>10</sup> Vid. TROPER, M., «El concepto de constitucionalismo y la moderna teoría del Derecho», ID., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 183-184.

propuso conceptos más o menos robustos de constitucionalismo en función de las exigencias que se satisficieran en cada caso <sup>11</sup>, y que iban desde un grado *poco exigente* en el que el constitucionalismo se identifica con la teoría del *rule of law*, y de la limitación de los poderes a través de reglas, (pasando por la separación de poderes y los mecanismos de control de constitucionalidad, por ejemplo) hasta un constitucionalismo *robusto* vinculado a un modelo particular de democracia, que se puede identificar con el desarrollo de mecanismos participativos y representativos. De acuerdo con lo anterior, Nino proponía distinguir diversos conceptos de constitucionalismo, más fuertes o más débiles, lo cual dependía de la mayor o menor atención que se prestara a los contenidos de la Constitución. De manera que llegaba a afirmar que un constitucionalismo débil o poco exigente —que no se refiere a los contenidos sustanciales de la Constitución— pudiera existir en un régimen no democrático en el que una determinada articulación del Ordenamiento sirve para impedir ciertos abusos y supone una mínima limitación al Poder <sup>12</sup>, mientras que el constitucionalismo más robusto es el más condicionado por los derechos y libertades contenidos en la Constitución, protegidos mediante mecanismos reforzados. Pues bien, el constitucionalismo en el que concurren, en mi opinión, mejores argumentos a su favor (ya que, entre otras cosas, contribuye a dotar de sustantividad al Estado constitucional frente a un mero Estado con Constitución) y que constituye la atalaya desde la cual evaluar el Proyecto de Tratado es el más estricto (Troper), o el más robusto (Nino). Creo que, en realidad, este constitucionalismo estricto o robusto es el que está definiendo La Torre cuando se refiere a los rasgos del constitucionalismo europeo tras la Segunda Guerra

---

<sup>11</sup> Vid. NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 16-17. Anteriormente Nino se había referido a dos sentidos de «constitucionalismo», el mínimo y el pleno, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 2-4.

<sup>12</sup> El ejemplo que proponía Nino era el del régimen del General Pinochet en Chile.



Mundial y que resume en los cinco siguientes<sup>13</sup>: 1) Un redescubrimiento de la tradición iusnaturalista, que implica una nueva conexión entre el Derecho constitucional y las teorías del Derecho natural, que determinaría una negación de la oposición absoluta entre el Derecho positivo y el Derecho natural<sup>14</sup>; 2) la afirmación básica de que el ser humano es portador de una dignidad que el Derecho no puede ignorar; 3) el carácter intangible de la Constitución y de sus contenidos básicos; 4) la articulación de mecanismos limitativos en relación con el legislador y, 5) la consideración de la Constitución como (el resultado de) un auténtico acuerdo social programático.

En este contexto de significaciones, el constitucionalismo maneja una determinada idea de Constitución, vinculada a una cierta concepción instrumental de la misma en relación con su fin básico (que en realidad es el del constitucionalismo), que no es sino el del reconocimiento y garantía de derechos, mediante técnicas de limitación del Poder. Es en este punto en el que la Constitución se presenta como la gran herramienta del constitucionalismo. Así, la materialización de las exigencias constitucionalistas vinculadas a la limitación del Poder y a la afirmación de esferas de garantía respecto a los derechos y libertades, se logra a través de la implementación de un texto constitucional caracterizado por determinados rasgos. De manera ciertamente resumida, podemos afirmar que la Constitución del constitucionalismo expande su influencia por todo el Ordenamiento jurídico, mostrando su presencia en ámbitos cuya regulación correspondía antes a otras instancias, y condicionando de manera directa la actuación de determinados operadores jurídicos, de manera evidente el legislador<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Vid. LA TORRE, M., «*Wille zur Verfassung*, or the constitutional State in Europe», en ERIKSEN, E. O., FOSSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, cit., pp. 155.

<sup>14</sup> Creo que la propuesta de Gustavo Zagrebelsky en *Il diritto mite* es un buen ejemplo al respecto.

<sup>15</sup> Vid. por todos, GUASTINI, R., «La «constitucionalización» del Ordenamiento jurídico: el caso italiano», trad. de J. M. Lujambio, en CARBONELL,

Se han propuesto, desde diferentes puntos de vista, distintas clasificaciones de la idea de Constitución. Creo, así, que resulta interesante la distinción entre Constitución *necesaria* y Constitución *contingente*<sup>16</sup>. La Constitución *necesaria*, que resultaría de la propuesta del positivismo normativista, se identifica con el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político que establecen los criterios para determinar la identificación, la unidad y la continuidad o permanencia del Derecho; se caracteriza también por implicar una práctica social y por carecer de carácter justificativo, es decir, por no ser fuente de deberes morales genuinos. La idea de Constitución *contingente* implica que no todo sistema jurídico dispone de una Constitución en este sentido. De acuerdo con lo anterior, es posible que un sistema jurídico carezca de Constitución. Dicha situación se puede producir en dos casos: en aquellos en los que se maneja la idea de Constitución formal-rígida, y en aquellos otros en los que la idea de Constitución a la que se alude es la propuesta por el constitucionalismo. En efecto, son fácilmente imaginables situaciones en las que, o bien no exista una Constitución formal, o bien la Constitución que exista no coincida con las coordenadas intelectuales y políticas del constitucionalismo.

De acuerdo con la anterior clasificación, la Constitución del constitucionalismo se nos presenta como una Constitución contingente, garantizada a partir de la presencia de diversos mecanismos específicos que la diferencian del resto de normas del sistema y que están vinculados al ideario constitucionalista. En el constitucionalismo la consideración formal y material de la Constitución guardan cierta relación entre sí. En efecto, la Constitución es la norma superior del sistema, la norma suprema. Su carácter supremo está garantizado a través de la

---

M., (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49. Por su parte, Carlos DE CABO analiza la «hiperconstitucionalización» del sistema jurídico en *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, p. 80.

<sup>16</sup> Vid. AGUILO REGLA, J., «Sobre la Constitución del Estado constitucional», *Doxa*, nº 24, 2001, pp. 435 y ss.

operatividad de determinados mecanismos de protección (rigidez, procedimientos agravados de reforma). Pero no cualquier norma suprema protegida es una Constitución para el constitucionalismo. Para poder serlo, la norma suprema debe superar lo que podríamos considerar el test de los contenidos. La Constitución debe acoger en su seno determinados contenidos que se vinculan en última instancia al ideario de la democracia liberal: derechos y libertades. En relación con éstos, su constitucionalización y la forma de la Constitución, a partir de su resistencia, actúa como elemento de garantía. Pues bien, creo que puede estar justificado un cierto escepticismo en relación con la posición que ocupan los derechos, y su reconocimiento, en el interior del Proyecto constitucional europeo. El análisis del Proyecto en perspectiva constitucionalista obliga a plantearse hasta qué punto la presencia de derechos constituye el corazón normativo del Proyecto. Más allá de la discusión sobre el valor jurídico de la Carta —cuestión ésta que parece felizmente superada— hay que reconocer que estamos ante un Proyecto del que se predica su naturaleza constitucional (al menos se presenta como tal) pero que tiene su origen en acuerdos y tratados entre Estados, de naturaleza esencialmente económica, de los que se derivan el reconocimiento de derechos y libertades vinculados a la circulación de personas y mercancías.

En todo caso, si alguna utilidad tiene en este momento la caracterización, por muy básica que sea, de la perspectiva constitucionalista, aquella consiste precisamente en que permite enfocar la cuestión de la Constitución europea en términos de condiciones de la Constitución europea. Ello nos posibilita plantear el problema de las condiciones que debería satisfacer la Constitución europea para ajustarse a las exigencias del constitucionalismo; y de las condiciones de un contexto hipotético en el que la Constitución adquiriera sentido en el marco del constitucionalismo.

Una referencia a las funciones que debe cumplir una Constitución posiblemente nos ayude a afrontar las anteriores cuestiones. Gregorio Peces-Barba ha aludido en este orden de co-

sas a tres funciones: a) función de seguridad; b) función de justicia; c) función de legitimidad<sup>17</sup>. En los tres casos, el significado de la función viene determinado precisamente por determinadas cuestiones y por la respuesta a las mismas.

En el primer caso —función de seguridad— se trata de responder a las cuestiones ¿quién manda? y ¿cómo se manda?. Así, la función de seguridad implica que la Constitución incluye determinados contenidos: la organización de los poderes, sus funciones y competencias, y los procedimientos para su funcionamiento y para la toma de decisiones; las reglas del juego en relación con el acceso al Poder y el cambio en el Poder; las normas que juridifican la resistencia, incluyéndola en el sistema (sistema de recursos, derecho a la jurisdicción); mecanismos que reducen la arbitrariedad del Poder a través del imperio de la ley y de la reacción frente a los abusos; normas de identificación de normas, que establecen los criterios de producción normativa (empezando por la reforma de la propia Constitución); y normas que regulan el uso de la fuerza. Como señala Peces-Barba, «en su dimensión de justicia formal, la función de seguridad ayuda a limitar el voluntarismo del Poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico».

En el segundo caso —función de justicia— la cuestión formulada es ¿qué se manda?. Aquí los derechos fundamentales ocupan una posición protagonista. La respuesta a la cuestión planteada permite identificar la opción moral asumida por el Ordenamiento. En el constitucionalismo contemporáneo, esa opción moral, ese «punto de vista sobre la justicia», es particular y exigente y se expresa en última instancia a través de los valores y derechos.

---

<sup>17</sup> Vid. PECES-BARBA, G., «La Constitución en la cultura política y jurídica moderna», en PECES-BARBA, G., RAMIRO AVILÉS, M. A. (eds.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 51 y ss.

En el tercer caso —función de legitimidad— la cuestión es ¿por qué se manda? Peces-Barba vincula la satisfacción de esta función al correcto funcionamiento de las dos anteriores. El ejercicio de la función de legitimidad implica el reconocimiento del valor de la Constitución desde el momento en que contribuye a crear condiciones de seguridad y de justicia en el marco de las cuales los individuos puedan desarrollar sus planes de vida. De esta manera, al tiempo que la articulación de esas condiciones explica por qué se ejerce el Poder, también genera razones a favor de la obediencia a la Constitución.

Dieter Grimm, por su parte, se ha referido a la función de juridificación del Poder por parte de la Constitución, que incluye tres componentes básicos<sup>18</sup>: 1) la Constitución establece el principio de legitimación del Poder político, y las condiciones fundamentales de legitimidad de su ejercicio; 2) la Constitución contiene las disposiciones sobre la institución y el ejercicio del Poder; 3) la Constitución traza los límites entre el poder de coerción, de un lado, y la libertad individual y la autonomía social, de otro. La conclusión a la que llega Grimm es que en ausencia de estos componentes hay que hablar de «semiconstitucionalismo» o de «constitucionalismo aparente». Creo, en este sentido, que la función de juridificación del Poder a la que se refiere Grimm es capaz de compendiar las tres funciones aludidas por Peces-Barba desde el momento en que expresa la idea básica que, en el marco del constitucionalismo, debe vincularse a la Constitución: la limitación del Poder a través del Derecho.

Pues bien, si las anteriores funciones caracterizan de manera sumaria el concepto de Constitución, nos encontramos frente a la cuestión de hasta qué punto el Proyecto de Consti-

---

<sup>18</sup> Vid. GRIMM, D., «Una costituzione per l'Europa?», en ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P. P., LUTHER, J., (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 347-348; ID., «Treaty or constitution? The legal basis of the European Union after Maastricht», en ERIKSEN, E. O., FOSSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, cit., p. 71.

tución Europea satisface estas funciones<sup>19</sup>. Y es posiblemente en lo referido a las dimensiones vinculadas a la legitimidad en donde el Proyecto muestra sus carencias más relevantes. En ello tiene mucho que ver la ausencia de condiciones democráticas y participativas no ya del proceso constitucionalizador en concreto, sino del más amplio proceso de integración política europea.

### **3. CONSTITUCIÓN EUROPEA Y DEMOCRACIA**

El contexto del constitucionalismo contemporáneo es el de los sistemas democráticos. El control al que se somete al Poder —a través de la Constitución— es llevado a cabo a través de mecanismos democráticos, esto es, participados en lo que se refiere a las decisiones sobre los mismos, y vinculados al respeto a los derechos. En este sentido, existe una estrecha conexión entre la Constitución del constitucionalismo y la democracia. Y esta relación puede ser analizada de diferentes maneras. Por una parte, los contenidos de la Constitución son los contenidos de la democracia. Ambos coinciden en su elemento básico: los derechos. Esta es la perspectiva de los derechos. Los derechos son un elemento fundamental tanto del concepto de Constitución que maneja el constitucionalismo, como de la idea de democracia. En relación con la Constitución, 1) los derechos constituyen el núcleo del proceso de materialización que caracteriza

---

<sup>19</sup> Desde una perspectiva diferente, Javier DE LUCAS, también se ha mostrado crítico en relación con la capacidad del Proyecto a la hora de cumplir determinadas funciones básicas de una Constitución: «...resulta difícil dar argumentos que nos permitan sostener la tesis de que este texto «constitucional» desempeñe las funciones políticas que deben cumplir las Constituciones, que no se limitan a la organización del trabajo (político) de las instituciones, a la «arquitectura institucional» o, si se quiere decir de una forma más brutal, al reparto del ejercicio del Poder por quienes gestionan las instituciones, sino que ofrecen un proyecto, un programa político», «Perplejidades ante la «Constitución Europea»», *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004, p. 5.

el Derecho del constitucionalismo<sup>20</sup>; 2) el reconocimiento de derechos es una de las principales estrategias a la hora de limitar el Poder por parte de la Constitución; 3) desde el punto de vista de un concepto normativo de Constitución, como el propio del constitucionalismo, los derechos se presentan como un requisito conceptual de la idea de Constitución que se manifiesta en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En relación con la democracia, 1) los derechos son también un componente, tanto desde el punto de vista sustancial como desde el punto de vista procedimental, de la democracia; 2) por otra parte, el Poder democrático es el único capaz de autolimitarse a través del reconocimiento de derechos.

La otra perspectiva es la de la participación. La Constitución, como decisión política y jurídica que es, necesita ser el resultado de la deliberación y de la participación. Y ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque deliberación y participación constituyen las exigencias políticas básicas de los procesos de toma de decisiones colectivas en democracia; en segundo lugar, porque deliberación y participación constituyen también los requisitos de la identificación y vinculación que debe existir entre la comunidad política a la que va destinada (y de la que surge) la Constitución y ésta. Es precisamente la discusión y la participación la que suministra la base social necesaria sin la cual la sociedad observa a la Constitución como algo extraño. Habermas ha recordado la idea de que la soberanía popular significa *autolegislación*. Sin la idea de autolegislación, no se puede entender el significado moderno de la Constitución. Interpretando a Rousseau y a Kant, señala Habermas: «En

---

<sup>20</sup> Vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 537; LA TORRE, M., «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 16, 1993, p. 70; FERRAJOLI, L., «Democrazia e costituzione», en ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P. P., LUTHER, J., (eds.), *Il futuro della costituzione*, cit., p. 321.

lugar de un pacto histórico, en lugar del pactum subjectionis, aparece aquí el contrato social como un modelo abstracto del modo y manera de *constitución* de un poder político que sólo puede legitimarse ya como ejecución de una autolegislación democrática»<sup>21</sup>. Desde este planteamiento, la Constitución implica autolegislación democrática. Por eso el sentido de la Constitución es uno muy distinto al de las Cartas otorgadas. Sin ese ejercicio de autolegislación, parece complicado interpretar la Constitución europea en clave democrática.

Parece evidente que esta cuestión nos sitúa frente al problema del déficit democrático predicable, en términos generales, del proceso de integración europeo y en particular, del Proyecto de Tratado<sup>22</sup>. Richard Bellamy y Dario Castiglione han señalado que, en realidad, cuando se habla de déficit democrático hay que hacer referencia a tres déficits<sup>23</sup>: 1) el déficit constitucional, provocado por la falta, ya sea de una estructura normativa dotada de una autoridad reconocida, ya sea de procedimientos formales plenamente legitimados y consolidados; 2) el déficit federal, que deriva de la ambigua relación que existe entre las instituciones europeas (que reivindican poderes federales) y las instituciones nacionales, que se oponen a ello; 3) el déficit democrático en sentido propio, derivado de la ausencia de una ciudadanía política y social y de la escasa influencia que los ciudadanos tienen sobre las políticas y los gobernantes europeos.

---

<sup>21</sup> HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional», en ID., *Facticidad y validez*, cit., p. 624.

<sup>22</sup> Vid, entre otros, GRIMM, D., «Una costituzione per l'Europa?», cit.; HABERMAS, J., «Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm», en ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P. P., LUTHER, J., (eds.), *Il futuro della costituzione*, cit. pp. 369 y ss.

<sup>23</sup> Vid. BELLAMY, R., CASTIGLIONE, D., «Il déficit democratico dell'Europa e il problema costituzionale», en VVAA., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, (P. Costa, D. Zolo, eds.), Feltrinelli, Milano, 2002, p. 507. Una afirmación de la justificación democrática del déficit democrático y del carácter no mayoritario del proceso de integración es la defendida por G. MAJONE en «Europe's «Democratic Deficit»: The Question of Standards», *European Law Journal*, vol. 4, nº 1, 1998, pp. 5-28.



El déficit democrático en sentido propio o estricto (*no demos thesis*) tiene mucho que ver con la estrategia jurídica seguida en el propio proceso de construcción europea. Como ha señalado entre otros Grimm, la Unión Europea funciona de acuerdo con tratados y no de acuerdo con una Constitución (estamos frente a un «Proyecto de *Tratado* por el que se instituye una Constitución para Europa»). En este punto las diferencias van más allá de la literalidad de la expresión utilizada. Así, Grimm señala explícitamente que «una Constitución en el sentido pleno del término debe necesariamente reconducirse a un acto del pueblo o cuando menos atribuido al pueblo, mediante el cual éste se autoconfiere la capacidad de actuar políticamente»<sup>24</sup>. A diferencia de la Constitución, los Tratados derivan del acuerdo entre Estados. En este caso, «el poder público europeo no deriva del pueblo sino de la mediación de los Estados»<sup>25</sup>.

Parece evidente que esta diferencia está vinculada a la escasa participación de los ciudadanos europeos en el proceso constitucionalizador. Hace algunos años, reflexionando sobre la importancia de la existencia de un auténtico proceso constituyente en Europa, Javier Corcuera señalaba taxativamente: «No hay Constitución en Europa, y para que la haya tiene que darse un proceso constituyente, pero ni cualquier texto es Constitución, ni aquel proceso carece de requisitos si pretende tener carácter constituyente»<sup>26</sup>. En este proceso, asistimos a una situación en la que se produce una inexistencia del «demos» europeo con participación activa. En este sentido, es difícil identificar un Poder constituyente europeo de la misma manera que en los Estados democráticos el Pueblo cumple esta función. En el proceso al que nos estamos refiriendo, el Pueblo europeo no

<sup>24</sup> GRIMM, D., «Una costituzione per l'Europa?», cit. p. 353.

<sup>25</sup> GRIMM, D., «Una costituzione per l'Europa?», cit. p. 354. Vid. también DIEZ-PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

<sup>26</sup> CORCUERA, J., «Prólogo», a RUIPÉREZ, J., *La «Constitución europea» y la teoría del Poder Constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid 2000, p. 14.

es el protagonista de la decisión constitucional. Recordemos de nuevo el art. I-1: «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estado de Europa de construir un futuro común, crea la Unión europea, a la que los Estados miembros confieren competencias para alcanzar objetivos comunes». Podemos efectuar el ejercicio intelectual consistente en comparar el sentido del artículo que acabamos de citar con algunos ejemplos extraídos de las legislaciones nacionales. Así, el artículo 1.2 de la Constitución Española señala que «La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado». Por su parte, el artículo 1 de la Constitución Italiana de 1947 explicita: «La soberanía pertenece al pueblo, quien la ejerce en la forma y en los límites de la Constitución». Parece evidente que, si se comparte una comprensión de la soberanía popular vinculada a la exigencia de que los afectados por las decisiones jurídicas y políticas sean considerados participantes libres e iguales en los procedimientos en los que se toman esas decisiones<sup>27</sup>, el problema que presenta la Constitución europea no lo es sólo en relación con el reconocimiento de la titularidad de esa soberanía, sino también en relación con el proceso de toma de decisiones en las que ese titular debe ser el protagonista último. En este sentido, Hanke Brunkhorst ha señalado que el déficit democrático implica que, si bien los ciudadanos europeos tienen derechos, ellos no han tomado la decisión en lo que a su declaración y reconocimiento se refiere<sup>28</sup>. Por ello parece imprescindible destacar la importancia de la existencia de un Poder constituyente democrático efectivo. En el caso europeo, asistimos a un proceso que se presenta como constituyente y democrático y en el que el titular de ese Poder constituyente, que al mismo tiempo lo es de la soberanía, permanece

---

<sup>27</sup> Vid. BRUNKHORST, H., «A Polity without State? European constitutionalism between evolution and revolution», en ERIKSEN, E. O., FOSSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, cit., p. 99.

<sup>28</sup> Vid. BRUNKHORST, H., «A Polity without State? European constitutionalism between evolution and revolution», cit., p. 100.

mudo hasta ahora<sup>29</sup>. Y puede seguir permaneciendo así en el futuro, desde el momento en que existen Estados miembros en los que el referéndum en relación con el Proyecto de Constitución es sólo una posibilidad. Sin Poder constituyente democrático parecería complejo hablar de Constitución, y posiblemente sería mejor hablar de Constitución *octroyée*<sup>30</sup>.

Esa falta de protagonismo del Pueblo se percibe también en la «falta de capacidad de disposición» respecto a la Constitución. Su entrada en vigor —y su derogación— no dependen del Pueblo sino de la voluntad de los Estados. El Pueblo que forma la Unión Europea no puede disponer de su Derecho. En este sentido, los Estados siguen siendo los «señores de los Tratados». Es cierto que la aplicación del modelo liberal democrático más allá de las fronteras del Estado-nación es compleja, pero parece un requisito imprescindible del proceso de constitucionalización europea.

Pero es que, además, la intervención del *demos* en un proceso constituyente como el europeo cobra especial importancia desde el momento en que constituye la base legitimadora de esa «comunidad de Derecho» con la que se ha identificado la Unión Europea. En realidad, esa comunidad de Derecho puede ser interpretada como una expresión del imperio de la ley. Sin embargo, la idea nos sitúa frente al problema de la fuerza de ese Derecho, y más en un ámbito en el que la capacidad coercitiva del Estado no se encuentra presente, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional. En un contexto en el que la única fuerza de la Unión es el Derecho, es especialmente relevante la existencia de una sólida base social que dote de legitimidad al Derecho, ya que ésta va a ser su fuente de autoridad básica. Parece que esa base social es difícilmente imaginable, en un contexto

---

<sup>29</sup> Vid LLOPIS CARRASCO, R. M., *Constitución europea: un concepto prematuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 205 y ss.; RUIPÉREZ, J., *La «Constitución europea» y la teoría del Poder Constituyente*, cit., pp. 139 y ss; DE LUCAS, J., «Perplejidades ante la «Constitución Europea»», cit., p. 8.

<sup>30</sup> Vid. DE LUCAS, J., «Perplejidades ante la «Constitución Europea»», cit., p. 9.

democrático, si se limitan los procesos deliberativos y decisorios a través de los se expresa el *demos*. En términos democráticos, el problema del déficit afecta a la justificación de la autoridad del Derecho de la Unión Europea.

Es especialmente relevante la reivindicación del protagonismo del *demos* en un proceso en el que, como el europeo, se quiere presentar como constitucional. En este sentido, la alusión al *demos* debe entenderse lejana de una comprensión del *demos* como *volk*, que subraya las dimensiones étnicas y organicistas de una determinada comunidad, dimensiones que generarían una identidad colectiva cuya ausencia provoca el carácter estructural del déficit democrático, tal y como señala Grimm<sup>31</sup>. Por el contrario, cuando aquí se alude al *demos* se está pensando en la participación popular, en el sustrato social de la Constitución, en el problema del mayor o menor protagonismo del Pueblo en la decisión constitucional, y ello con independencia de la existencia de elementos étnicos o culturales que desarrollen una función aglutinadora. Creo que es en este sentido en el que se debe interpretar la alusión a los «requisitos prejurídicos» de la democracia a los que se hace referencia en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993. Y ese problema de la falta de protagonismo del sustrato social sobre el que invariablemente debe descansar una Constitución que pretenda ser legítima y que tenga vocación de permanencia no se soluciona con una participación puntual de los parlamentos nacionales en el período de ratificación del Tratado. Creo que la afirmación del carácter suficiente de dicha participación es expresión de una concepción excesivamente formal de la le-

---

<sup>31</sup> Vid la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, respecto a la que pueden encontrarse comentarios críticos en WEILER, J. H. H., «Does Europe Need a Constitution? (Demos, Telos and the German Maastricht Decisión)», *European Law Journal*, núm. 1, 1995; WEILER, J. H. H., HALTERN, U., MAYER, F., *European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces*, EUI Working Paper RSC núm. 95/11. El texto de la citada sentencia está traducido en el núm. 20 de la *Revista de Instituciones Europeas* (1993), pp. 975 y ss.

gitimación democrática, ajena a la profundidad del déficit en lo que se refiere a estructuras y procesos<sup>32</sup>.

No obstante, existen otras formas de analizar el problema derivadas de la aplicación de una determinada concepción de la democracia pluralista al caso europeo. Se ha afirmado, así, que el Derecho europeo debe entenderse de acuerdo con un modelo pluralista que, más allá del esquema dualista que caracteriza las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, niega la existencia de una fuente jurídica «que pueda aspirar a ser exclusiva y omnicomprendensiva»<sup>33</sup>. En este sentido, la norma de reconocimiento del Ordenamiento dejaría de estar constituida por una norma y se identificaría con una práctica social y en último término jurisdiccional. De ser así las cosas, se derivarían consecuencias en lo que se refiere a la idea de Poder constituyente y al problema de la mayor o menor presencia del demos en los procesos constituyentes. Las condiciones de la democracia supranacional —como en el caso europeo— dificultarían los elementos participativos y la operatividad de la idea misma de «pueblo». Por eso La Torre señala que lo que es necesario es principalmente «un sistema de filtros y compuertas entre los diferentes órdenes (niveles) jurídicos que garantice su correspondencia con determinados contenidos normativos materiales, en particular la defensa y la producción de ciertos derechos eminentemente individuales, y asegure la transparencia, la publicidad y la apertura constante a la opinión pública de sus procedimientos»<sup>34</sup>. Entendido así, un sistema de democracia pluralista dificulta la identificación de un Poder constituyente del que sea predicable la capacidad de creación de un sistema jurídico, de la misma manera que dificulta también que una Constitución cumpla su función de vértice normativo. No obs-

---

<sup>32</sup> Vid. WEILER, J. H. H., HALTERN, U., MAYER, F., *European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces*, cit.

<sup>33</sup> LA TORRE, M., *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 85.

<sup>34</sup> LA TORRE, M., *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, cit., p. 86.

tante, el discurso constitucionalista seguiría vigente desde el momento en que existirían intereses y principios comunes y concurrirían determinadas condiciones materiales y políticas<sup>35</sup>. En todo caso, una propuesta como la de Massimo La Torre supone una reformulación de la relación entre el Derecho y el Poder, que está tras el constitucionalismo. En realidad —afirma el profesor italiano— la perspectiva pluralista permite identificar el Ordenamiento europeo como un Ordenamiento constitucional ya que éste no implicaría la presencia necesaria de un Poder constituyente. La estrategia consiste en reivindicar determinados elementos de la tradición republicana, vinculados a la existencia de un orden político autónomo y plural frente a la uniformidad soberana estatal, que se ve sustituida por una red decisonal generada a partir de la operatividad de instancias de Poder plurales.

En todo caso, el propio La Torre admite que la Constitución europea no sería una auténtica Constitución (de acuerdo con una concepción constitucionalista «clásica») ya que, entre otras cosas, nos encontramos con dificultades a la hora de identificar un auténtico Poder constituyente. A partir de lo anterior, nos podemos encontrar con la dificultad de analizar el proceso de constitucionalización europeo de acuerdo con un «esquema estándar» constitucionalista, ya que existe una instancia, los Estados, que constantemente formulan reivindicaciones de su soberanía. De alguna manera, las células que forman esa red decisonal reproducen estrategias predicables de la relación entre el Derecho y el Poder. Estamos, en este sentido, ante un proceso que desde el punto de vista teórico está encaminado a diluir el concepto de soberanía (desde el momento en que es difícil compatibilizar las exigencias del constitucionalismo con la existencia de una autoridad soberana) y protagonizado al mismo tiempo por sujetos insertos en una dinámica en la que se reservan dominios de soberanía. Recordemos que en el ya citado art.

---

<sup>35</sup> Vid. LA TORRE, M., *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, cit., p. 88.

I-1 del Proyecto se equipara la voluntad de los Estados a la de los ciudadanos a la hora de identificar la «voluntad de Constitución» en el contexto europeo. Parece evidente entonces que a partir de lo anterior surge la cuestión, especialmente grave en un sistema democrático liberal, de la identificación de la voluntad del Estado de manera independiente respecto a la de los ciudadanos, de la relación entre ambas voluntades, de la posibilidad de autonomía de la voluntad del Estado respecto a la de los ciudadanos.

#### **4. LA POSICIÓN DE LOS DERECHOS**

Si bien la vinculación entre la Constitución y el carácter democrático y participado de su proceso de formación es un requisito de la «homologación» de aquella dentro de las coordenadas del constitucionalismo, también es cierto que cualquier propuesta constitucional es interpretable y analizable en función de los derechos integrados en ella. En la articulación de un contexto democrático en el que puede tener sentido una Constitución, parece imprescindible atender a los contenidos materiales o sustanciales de la Constitución. Es precisamente en esos contenidos en donde se concentra la función de justicia desarrollada por la Constitución. Y la Declaración de derechos constituye el auténtico epicentro al respecto.

Qué duda cabe de que el análisis crítico sobre el carácter auténticamente constitucional del producto normativo de la Convención condiciona la ulterior reflexión sobre la Carta de derechos y su significado. La conexión conceptual entre la idea de Constitución y los derechos podría llevar incluso a la conclusión, grave en sus consecuencias, de que si no hay una auténtica Constitución, entonces es difícil hablar de derechos y de su ulterior garantía y protección. Sin llegar necesariamente a esa conclusión, Joseph H. H. Weiler se ha llegado a preguntar por la auténtica necesidad de una Carta de derechos como la que tenemos ante nosotros, en un contexto en el que ella parecería justificarse por la intención de contrarrestar el tenor ma-

nifiesta y predominantemente económico que ha caracterizado hasta el momento el proceso de integración y que explicaría la «ausencia de una política de derechos humanos» efectiva<sup>36</sup>. En este sentido, es sintomático de lo anterior la específica alusión que en el Preámbulo de la Carta se efectúa a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, y a la libertad de establecimiento, alusión que no se ve acompañada por una referencia directa a ningún otro derecho o libertad. En cierta manera, la presencia de estas libertades en un lugar como el Preámbulo recuerda a la posición que en el artículo 17 de la Declaración de derechos de 1789 ocupaba el derecho de propiedad, posición definida por los adjetivos de «sagrada e inviolable» que le acompañaban.

La Declaración de derechos es expresión directa del punto de vista sobre la justicia que asume el Ordenamiento de la Unión. Si la Constitución es la gran herramienta del constitucionalismo, podemos afirmar que las grandes piezas de la Constitución a la hora de desarrollar su función limitativa son los derechos. Es cierto que esa función limitativa no es desarrollada de manera exclusiva por los derechos. Lo es también por otras instituciones u otros principios (pensemos por ejemplo en los componentes de la moral interna señalada por Fuller, en los principios de organización del Poder a los que se ha referido entre nosotros Peces-Barba). Además, son los derechos, la Declaración, el Bill of Rights, lo que diferencia a la Constitución del constitucionalismo de otros tipos de Constitución. De la misma manera que la presencia de derechos es uno de los elementos que sustantiviza al Estado de Derecho frente a otros tipos de Estado, la Constitución del Constitucionalismo, contingente, es la Constitución de los derechos. En efecto, la dimensión característica, que le dota de sustantividad, al Estado de Derecho —del que el Estado Constitucional se presenta como manifes-

---

<sup>36</sup> Vid. WEILER, J. H. H., «Human Rights, constitutionalism and integration. Iconography and fetishism», en ERIKSEN, E. O., FOSSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, cit., pp. 63-66.



tación específica— es la constituida por los derechos; y más en concreto es la dimensión limitadora que se aplica al Poder desde el punto de vista sustancial, no desde el punto de vista formal, ya que el imperio de la ley/principio de legalidad es necesario para que el Derecho se distinga de la arbitrariedad. Es, en definitiva, la limitación del Poder a través de normas de derechos la que caracteriza al Estado constitucional, como modelo de Estado de Derecho, respecto de otros Estados. En este sentido, la presencia de normas iusfundamentales caracteriza el concepto de Constitución que se emplea.

Por otra parte, el proceso de constitucionalización europea difícilmente puede ser observado como un caso del proceso de internacionalización de los derechos<sup>37</sup>. Ambos procesos responden a lógicas diferentes. El proceso de internacionalización supone la creación de mecanismos supranacionales de protección y reconocimiento de derechos como consecuencia, entre otras cosas, de a) la necesidad de controlar la acción del Estado respecto a los derechos; b) la necesidad de una acción conjunta de los Estados para proteger los derechos. El proceso de internacionalización es, en todo caso, un proceso inspirado por la universalidad y la indivisibilidad de los derechos —entendidos como ideas regulativas—, con claras consecuencias en lo que se refiere a la superación de las implicaciones de la idea de ciudadanía entendida como concepto excluyente en cuanto a la titularidad y ejercicio de derechos se refiere. Por su parte, el proceso de constitucionalización europea no está guiado por la lógica de la universalidad de los derechos. Dicho proceso no se identifica con la creación de estructuras supranacionales a través de las cuales superar los «déficits estatales» en relación con los derechos. En este caso, el reconocimiento de derechos es una exigencia de la construcción de una realidad política superior derivada de tratados económicos que han contribuido a articular una comunidad que ha pervivido durante medio siglo

---

<sup>37</sup> Vid. PECES-BARBA, G., (y otros), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1999, pp. 173 y ss.

sin reconocimiento explícito de derechos (con remisiones al Convenio Europeo y a las tradiciones compartidas entre los diferentes países), lo cual ha generado una puesta en entredicho de la legitimidad política de la construcción europea<sup>38</sup>.

En todo caso, lo cierto es que la Carta posee un importante potencial constitucionalizador y puede contribuir a llevar a cabo una profundización en el carácter constitucional de la Unión Europea. Puede contribuir a salvar el déficit de Constitución de la Unión Europea y desempeña un papel importante en la constitucionalización de la Unión<sup>39</sup>.

Cuando hablamos de la constitucionalización de Europa no estamos haciendo referencia a la adopción de una Constitución en sentido formal, sino a la adopción de un determinado modelo normativo de Constitución, que es precisamente el propuesto por el constitucionalismo. En este sentido, es oportuno recordar que se han señalado diversas concepciones de la Constitución. Agustín Menéndez ha aludido a tres: la formal, la material y la normativa<sup>40</sup>. En el primer caso —concepción formal— se hace referencia al conjunto de normas incluidas en un documento, que es considerado como «la Constitución» en la práctica social. Por su parte, la concepción material alude a las normas de interacción social consideradas básicas de acuerdo con una «social practice»; las normas básicas de un orden jurídico de una determinada sociedad de acuerdo con la práctica social de los operadores jurídicos de esa comunidad. En tercer lugar, la concepción normativa se refiere a la Constitución compuesta por

---

<sup>38</sup> Vid. WEILER, J. H. H., *La Costituzione dell'Europa*, cit., pp. 214 y 633.

<sup>39</sup> Vid. ENGEL, «The European Charter of Fundamental Rights. A Changed Political Opportunity Structure and its Normative Consequences», *European Law Journal*, vol. 7, núm. 2, 2001, pp. 151 y ss. También, MENÉNDEZ, A. J., «Chartering Europe», en ERIKSEN, E. O., FOSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., (eds.), *The Chartering of Europe. The Charter of Fundamental Rights in Context*, ARENA Report, 8/2001, Oslo, 2001, pp. 1 y ss.

<sup>40</sup> Vid. MENÉNDEZ, «Three Conceptions of the European Constitution», en ERIKSEN, E. O., FOSUM, J. E., MENÉNDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, cit., pp. 109 y ss.

normas que presentan determinadas propiedades normativamente relevantes<sup>41</sup>: el ejemplo es el del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pues bien, la Carta de Derechos Fundamentales constituye un elemento básico a la hora de acercar el Proyecto de Tratado al modelo normativo de Constitución del constitucionalismo, cuyo elemento central está constituido por una determinada concepción de la dignidad y de los derechos como centro de la arquitectura política. Sólo desde el momento en que se pueda afirmar la centralidad de estos elementos, la Unión Europea podrá pasar de ser considerada de manera exclusiva una comunidad jurídica de Estados (debido al sentido económico de la integración), a una comunidad constitucional de ciudadanos.

Creo que el potencial constitucionalizador de la Carta se puede desplegar en diferentes sentidos o direcciones. La Carta es expresión principal de la dimensión sustancial del Proyecto de Constitución. El concepto de Constitución que maneja el constitucionalismo exige la presencia de una determinada propuesta en relación con los derechos, una propuesta a través de la cual, en primer lugar, se va a expresar el punto de vista sobre

---

<sup>41</sup> Cabe señalar que la concepción normativa de la Constitución a la que alude Menéndez no coincide con la «Constitución normativa» estudiada por LOEWENSTEIN a la hora de proponer una clasificación ontológica de las Constituciones (Vid. *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 216 y ss.) La Constitución normativa a la que se refiere Loewenstein es aquella «efectivamente «vívida» por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización (...). Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas» (p. 217). En este sentido, la Constitución normativa en el sentido que le atribuye Loewenstein tendría más relación con la concepción material de la Constitución a la que alude Menéndez.

la justicia que asume y comparte la Constitución. Además, la Carta lleva a cabo una función de integración, tanto más esencial en un contexto de diversidad ideológica y cultural, de cuya existencia y valor se es consciente en el Preámbulo. Se podría afirmar, así, que la Carta es uno de los instrumentos principales a través de los cuales se articula la respuesta europea al multiculturalismo, desde el momento en que va a identificar unos elementos mínimos e innegociables, pero al mismo tiempo lo suficientemente amplios como para ser susceptibles de ser asumidos por los diferentes puntos de vista. A estas alturas un instrumento de reconocimiento y garantía de derechos, como el constituido por la Carta, en el marco de un proceso de integración jurídica y política al más alto nivel, esto es a nivel constitucional, como es el que está acaeciando en Europa, está llamado a constituir el núcleo de una determinada opción ética que en realidad es la de la Constitución y la de la Unión Europea. Dicha opción, es especialmente significativa desde el momento en que, como ya se ha señalado anteriormente, Europa es cada vez más plural y más compleja, no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también desde el punto de vista cualitativo. Las sucesivas ampliaciones obligan a redoblar los esfuerzos a la hora de identificar argumentos morales comunes y compartidos, argumentos que deben expresarse a través de la concepción que en relación con los derechos asuma la Constitución. Junto a lo anterior, hay que observar que en la actualidad, en un contexto multicultural, es especialmente necesaria una concepción de los derechos dotada de un carácter dinámico y abierto capaz de adecuarse a las nuevas situaciones derivadas de la geografía humana y política en la que hoy estamos llamados a desenvolvernos. Y Europa, en la que la presión de los flujos migratorios es, y será, particularmente relevante, está llamada a llevar a cabo un esfuerzo notable al respecto.

Podemos constatar que estamos frente a una de las tensiones en las que participa la Constitución en las democracias constitucionales. Una de ellas es la que se produce entre las exigencias de la Constitución, de un lado, y las de la democracia, de otro. Pero aquella a la que nos estamos refiriendo en este mo-

mento es la que se produce entre la existencia de ámbitos de lo innegociable (posiblemente consustanciales a la misma idea de derechos —básicamente desde el punto de vista moral—) y la necesidad de que lo innegociable sea asumido como tal por los diferentes planteamientos que concurren en las democracias plurales y complejas.

Pero, además, el tenor de la recepción constitucional de los derechos es un auténtico criterio a la hora de calibrar ante qué tipo de constitucionalismo nos encontramos. Evidentemente, no se contempla aquí la posibilidad de un constitucionalismo sin derechos. Lo que se pretende significar es que los derechos son elementos imprescindibles a la hora de generar una mayor o menor capacidad limitadora por parte de la Constitución. Es esa dimensión más o menos limitadora la que nos va a permitir identificar un constitucionalismo débil o fuerte, en función del grosor, intensidad, ámbito de los mecanismos limitativos del Poder.

El análisis del contenido de la Carta permite, por tanto, identificar el tipo de constitucionalismo que propone la Carta. La dimensión limitativa llevada a cabo a través de la constitucionalización de los derechos permite diversas posibilidades de análisis. No es éste el lugar para entrar en un análisis concreto y pormenorizado del contenido de la Carta <sup>42</sup>. Por el contrario,

---

<sup>42</sup> Entre la muy amplia bibliografía que existe al respecto, pueden consultarse algunos trabajos publicados en nuestro país: PÉREZ LUÑO, A. E., «La Carta de Niza y la Europa de los ciudadanos. Apostillas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Derechos y Libertades*, 11, 2002, pp. 45 y ss.; GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos de la Carta Europea de Derechos», *Derechos y Libertades*, 11, 2002, pp. 373 y ss.; FERNÁNDEZ TOMAS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; LÓPEZ CASTILLO, A., «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Revista de Estudios Políticos*, 113, 2001, pp. 43 y ss.; WEBER, A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, 2002, pp. 79 y ss.; RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», *Revista Española de Derecho Constitu-*

me limitaré a señalar determinadas dimensiones a partir de las cuales es posible identificar la mayor o menor potencia limitadora de la Carta.

En este sentido, la plasmación de los derechos en la Carta se caracteriza, en primer lugar, por las remisiones al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y a las legislaciones de los Estados. Así, en la Carta se opera una auténtica recepción del sistema europeo de derechos articulado en torno al Convenio de Roma y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta recepción ya se percibe cuando en la Parte I del Proyecto, se eleva a los derechos que se incluyen en el Convenio a la categoría de principios generales: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales». Situados ya en la Carta se produce una reafirmación de los derechos de la Convención en su Preámbulo. Por otra parte, en el art. II-112.3 se señala que el sentido y alcance de aquellos derechos que estén garantizados también por el Convenio será igual al conferido por dicho instrumento, con independencia de una más extensa protección por parte del Derecho de la Unión. De la misma manera, el nivel de protección ofrecido por el Convenio es uno de los criterios que contribuye a constituir el umbral mínimo que no puede ser superado en lo que a nivel de protección se refiere: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los con-

---

*cional*, 64, 2002, pp. 13 y ss.; OLIVER LEON, B., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», *Revista de Estudios Políticos*, 119, 2003, pp. 221 y ss.; HERMIDA DEL LLANO, C., «Aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 2002, pp. 37 y ss.

venios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como las Constituciones de los Estados miembros».

También, como he señalado, existen diversas remisiones a las legislaciones nacionales, habiéndose señalado al respecto el peligro de «desconstitucionalización» de ciertos derechos<sup>43</sup>. Pensemos en el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. II-69); a la objeción de conciencia (art. II-70.2); libertad de creación de centros docentes y derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas (art. II-74.3); libertad de empresa (art. II-76); derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. II-87); derecho de negociación y acción colectiva (art. II-88); protección en caso de despido injustificado (art. II-90); acceso a prestaciones de seguridad social y ayudas sociales (art. II-94); derecho a la prevención y protección sanitaria (art. II-95); acceso a los servicios de interés económico general (art. II-96).

En ocasiones, la capacidad limitadora de los derechos, está relacionada con determinadas propuestas respecto a la posición constitucional de los derechos. En este punto existen al menos dos posibilidades teóricas al respecto. En primer lugar, existen sistemas constitucionales en los que todos los derechos y libertades positivizados están equiparados en lo que se refiere a su nivel de protección, a los mecanismos de garantías que los acompañan, al menos desde el punto de vista teórico. En segundo lugar, otros sistemas constitucionales confieren diferentes niveles de protección a los derechos en función de su posición constitucional, de la que depende su capacidad limitativa en relación con el Poder. Este es el caso del sistema español y del sistema de garantías derivado del artículo 53 de la Constitución española. Pues bien, en la Carta no existe una cláusula pareci-

---

<sup>43</sup> Vid. WEILER, J. H. H., *La Costituzione dell'Europa*, pp. 635-636.

da al citado art. 53. Es más, parece que estamos frente a una recepción homogénea de los derechos incluidos en el documento. No obstante, llama la atención la alusión que en el Preámbulo se hace a los «derechos, libertades y principios» enunciados en la Carta, sin que, en principio, de la sistemática de la Carta sea fácil extraer elementos que ayude a diferenciarlos entre sí. A lo que habría que añadir la alusión a las «políticas de la Unión», a las que se encomienda la garantía de un alto nivel de protección del (¿derecho al?) medio ambiente (art. II-97) y un alto nivel de protección de los consumidores (art. II-98).

Junto a lo anterior, conviene llamar la atención en relación con el sujeto destinatario de la capacidad limitativa desarrollada por los derechos en la Carta. Planteémoslo en términos de Poder público: ¿Cuál es el Poder público obligado por el contenido de la Carta? La respuesta parecería sencilla: aquel que tuviera las competencias en relación con los derechos en cuestión. Pero encontramos que la identificación de ese Poder puede llegar a ser compleja dado que, en primer lugar, muchos de los ámbitos de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros (art. I-14.2) afectan a derechos fundamentales (espacio de libertad, justicia y seguridad, política social, medio ambiente, protección de los consumidores, seguridad en materia de salud pública); y, en segundo lugar, en muchos de los derechos, como se ha observado, se efectúa una explícita remisión a las legislaciones nacionales y a sus respectivos niveles de protección. La cuestión de la identificación del Poder público obligado por los derechos es especialmente relevante en aquellos derechos en los que su efectividad exige de manera directa la puesta en marcha de técnicas prestacionales. Como sabemos, muchos de estos derechos son derechos económicos, sociales y culturales. Es en este punto en el que las estructuras del Estado social nacional no parecen tener una alternativa clara, con la suficiente capacidad como para ofrecer respuestas eficaces a las exigencias sociales. Posiblemente ello tenga mucho que ver con la inexistencia de una autoridad política definida y autónoma a nivel europeo que actúe como elemento del binomio fuerza-razón, cuya tensión caracteriza la lógica del constitucionalismo.



Cuando, en el contexto de la lógica del constitucionalismo, se alude a la capacidad limitadora de los derechos, no se está haciendo referencia solamente a su reconocimiento. Ciertamente, el mero reconocimiento constitucional de los derechos desempeña una función muy importante, desde el momento en que los derechos son auténticos criterios mediante los cuales medir la constitucionalidad de las normas y calibrar la legitimidad de la actuación de los poderes públicos. Pero la auténtica efectividad del reconocimiento está en función de que esté acompañado por un sistema de garantías articulado y que vincule al legislativo, al ejecutivo y al judicial. Sin ese sistema efectivo de garantías la capacidad limitadora se reduce y el constitucionalismo decrece en intensidad. Y la intensidad del constitucionalismo es un elemento que los ciudadanos tienen en cuenta a la hora de apreciar la legitimidad de una ambiciosa propuesta política, económica y social, sobre todo si ésta se presenta como constitucional.